

Les Cahiers de droit



La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme

Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau

Volume 48, numéro 1-2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043921ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043921ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brunelle, C., Coutu, M. & Trudeau, G. (2007). La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme. *Les Cahiers de droit*, 48(1-2), 5–42.
<https://doi.org/10.7202/043921ar>

Résumé de l'article

La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et la *Charte canadienne des droits et libertés* exercent aujourd'hui un effet structurant sur le droit du travail. Inspirés du droit international, ces textes à valeur constitutionnelle ont des incidences bien concrètes sur l'ensemble des relations de travail, que celles-ci soient individuelles ou collectives ou encore qu'elles mettent en présence un employeur du secteur public ou privé. Ce nouveau phénomène de *constitutionnalisation du droit du travail* entraîne sur la discipline un triple effet (un effet de modernisation, un effet d'uniformisation et un effet de complexification) qui touche directement toutes les institutions du monde du travail (tels les employeurs, les syndicats, les instances juridictionnelles spécialisées dans le domaine du travail), les appelant ainsi à se redéfinir.

La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme⁺

Christian BRUNELLE*, Michel COUTU** et Gilles TRUDEAU***

La Charte des droits et libertés de la personne du Québec et la Charte canadienne des droits et libertés exercent aujourd'hui un effet structurant sur le droit du travail. Inspirés du droit international, ces textes à valeur constitutionnelle ont des incidences bien concrètes sur l'ensemble des relations de travail, que celles-ci soient individuelles ou collectives ou encore qu'elles mettent en présence un employeur du secteur public ou privé. Ce nouveau phénomène de constitutionnalisation du droit du travail entraîne sur la discipline un triple effet (un effet de modernisation, un effet d'uniformisation et un effet de complexification) qui touche directement toutes les institutions du monde du travail (tels les employeurs, les syndicats, les instances juridictionnelles spécialisées dans le domaine du travail), les appelant ainsi à se redéfinir.

The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms and the Canadian Charter of Rights and Freedoms now exercise a lasting effect upon Labour Law today. These quasi-constitutional and constitutional texts, inspired by international law, have a very definite impact upon all labour relations, whether they be individual or collective, or involve public or

⁺ Le présent texte est à jour au 31 mai 2007.

^{*} Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval ; chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

^{**} Professeur agrégé, École de relations industrielles, Université de Montréal ; chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

^{***} Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal ; chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

private sector employers. This new phenomenon of «constitutionalized» Labour Law exercises on this branch of the law a triple (modernizing, standardizing and complexifying) effect that directly impacts all labour institutions (namely employers, unions, and legal authorities specialized in the field of labour), beckoning them to redefine aspects of their modus operandi.

	<i>Pages</i>
1 La nature de la constitutionnalisation du droit du travail.....	10
1.1 Les origines du phénomène.....	10
1.2 Les assises internationales du phénomène.....	14
1.3 Les assises nationales du phénomène.....	17
2 Les effets de la constitutionnalisation du droit du travail	21
2.1 L’effet de modernisation	24
2.2 L’effet d’uniformisation	27
2.3 L’effet de complexification	31
Conclusion.....	38

Le droit du travail, tel qu’il s’est développé tout au cours du xx^e siècle, a pour objet de protéger les personnes salariées contre l’exploitation abusive de leur force de travail de manière à leur permettre de toucher une meilleure part de la richesse qu’elles contribuent à générer. Au Canada et au Québec, comme dans plusieurs autres pays industrialisés, c’est principalement par la syndicalisation et la négociation collective que les gouvernements ont cherché à atteindre ces nobles objectifs. Dans cette perspective, le rôle de l’État y était plutôt modeste, le droit se limitant à créer les conditions favorables à l’exercice de l’autonomie collective. Le législateur n’intervenait directement dans les conditions de travail que pour fixer des normes minimales que ni la convention collective ni les contrats individuels de travail ne pouvaient transgresser.

L’avènement de la mondialisation des marchés a remis en cause les fondements mêmes de ce droit du travail «classique». Sous l’impulsion remarquable des technologies de l’information et des communications, la «nouvelle économie» se caractérise notamment par une transforma-

tion et une internationalisation appréciables des modes de production, de même que par une libéralisation accrue des échanges commerciaux, des conditions d'investissements directs à l'étranger, des flux monétaires et de la spéculation boursière. Ces conditions ont favorisé le développement de marchés très concurrentiels, et pour lesquels les frontières nationales ont perdu beaucoup de leur importance traditionnelle¹. Elles ont aussi favorisé la montée en puissance des entreprises multinationales qui, grâce à cette mobilité accrue des facteurs de production, peuvent s'établir partout au monde, là où les conditions d'investissement leur sont les plus favorables.

Les entreprises ont dû modifier sensiblement leurs stratégies de production et de mise en marché pour s'adapter aux nouvelles conditions de la concurrence et satisfaire les exigences de rendement de leurs actionnaires. Parmi ces nouvelles stratégies figurent les fusions d'entreprises et leur réorganisation en réseaux. Les entreprises se recentrent ainsi sur leurs missions essentielles—ou les plus rentables!—en confiant à des producteurs spécialisés plusieurs des activités qu'elles assumaient elles-mêmes antérieurement. Le recours à la sous-traitance leur procure plus de flexibilité pour répondre à une clientèle qui exige des produits de plus en plus particularisés, en fonction d'une demande qui fluctue rapidement². Cette quête de flexibilité emporte des changements importants dans l'organisation même du travail³. Les employeurs recourent de moins en moins à une main-d'œuvre permanente travaillant à temps plein. Les emplois à temps partiel ou temporaires prolifèrent, et les employeurs font de plus en plus appel à des agences de location de main-d'œuvre et à ce qui est appelé maintenant l'«impartition»⁴.

-
1. Pour une description de la «nouvelle économie» ou de la mondialisation de l'économie, voir : UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 1994: Transnational Corporations Employment and the Workplace*, New York, United Nations, 1995.
 2. D. MERCURE, «Nouvelles dynamiques d'entreprise et transformation des formes d'emploi : du fordisme et de l'impartition flexible», dans J. BERNIER et autres (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emplois et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001, p. 5 ; P. DICKEN, *Global Shift: Reshaping the Global Economic Map in the 21st Century*, 4^e éd., Londres, Sage Publishing, 2003.
 3. J. BÉLANGER, A. GILES et G. MURRAY, «Towards a New Production Model: Potentialities, Tensions and Contradictions», dans G. MURRAY et autres (dir.), *Work and Employment Relations in the High Performance Workplace*, Londres et New York, Continuum, 2002, p. 15.
 4. M.-F. BICH, «De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail», dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 257 ; R. LAFLAMME et D. CARRIER, «Droits et

Parallèlement à ces changements organisationnels, la composition de la main-d'œuvre a beaucoup évolué au cours des dernières décennies. Les femmes ont investi massivement le marché du travail, ce qui a forcé une remise en question des valeurs traditionnelles, notamment en matière de conciliation famille-travail. Les vagues successives d'immigration ont entraîné l'arrivée d'une main-d'œuvre toujours plus diversifiée sur le plan ethnique, culturel, religieux et politique. Les générations de jeunes travailleurs ne partagent plus les mêmes valeurs que leurs aînés à l'égard du travail, de l'emploi et de la carrière⁵. Ces modifications profondes et permanentes dans la composition de la main-d'œuvre ont entraîné un changement fondamental de perception et d'attitude tant à l'égard du travail que des institutions qui s'y intéressent⁶. De la même façon, les attentes et les besoins en matière de conditions de travail et de protection sociale ne sont plus les mêmes, ni ne sont aussi homogènes que jadis.

Tous ces changements contribuent à leur tour à modifier considérablement le droit du travail. Sensibles aux vertus du néo-libéralisme et fortement soumis aux pressions de la concurrence dite « globale », les gouvernements cherchent à développer l'emploi en adoptant une réglementation favorable à l'investissement. Afin de contribuer à la compétitivité des entreprises, l'État revoit les politiques traditionnelles pour éliminer la réglementation jugée superflue et encombrante, de la même façon qu'il cherche à développer la flexibilité et l'« employabilité » de la main-d'œuvre⁷. Alors que le droit du travail classique était essentiellement inspiré par des politiques de redistribution de la richesse, les nouvelles politiques sociales de l'État ont davantage pour objet de créer les conditions d'une meilleure participation des citoyens au marché du travail. Ces politiques sont présumées être

conditions de travail des employés des agences de location de main-d'œuvre», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 52, n° 1, 1997, p. 162; D. MERCURE, *loc. cit.*, note 2; G. TRUDEAU, « Temporary Employees Hired Through a Personnel Agency: Who is the Real Employer? », (1997) 5 *C.L.E.L.J.* 359.

5. J. HAMEL, « Brèves remarques sur le travail comme vecteur de la citoyenneté », (2001) 38 (1) *CRSA/RCSA* 8; L.C. LANCASTER et D. STILLMAN, *When Generations Collide*, New York, Harper Collins Publishers, 2002, 355 p.

6. G.S. LOWE, « Employment Relationships as the Centrepiece of a New Labour Policy Paradigm », *Canadian Public Policy / Analyse de politiques*, vol. 28, n° 1, 2002, p. 93.

7. Voir notamment l'analyse d'Arthurs à ce sujet: H. ARTHURS, « Labour Law without the State? », (1996) 46 *U.T.L.J.* 1; H. ARTHURS, « Landscape and Memory: Labour Law, Legal Pluralism and Globalization », dans T. WILTHAGEN (dir.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam, North-Holland, 1998, p. 21; H. ARTHURS, « The New Economy and the New Legality: Industrial Citizenship and the Future of Labour Arbitration », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 45.

bénéfiques aux travailleurs qui seront alors à même de mieux tirer partie des activités productives à leur disposition⁸.

Ces développements ne signifient pas que les besoins de protection de la main-d'œuvre ont disparu pour autant. Le droit du travail demeure plus que jamais nécessaire pour assurer un minimum de justice et d'équité sur le marché du travail. Ce sont plutôt les outils traditionnels du droit du travail qui ne conviennent plus à la réalité d'aujourd'hui. C'est ainsi que, de façon générale, le syndicalisme et la négociation collective ont perdu leur caractère hégémonique à la faveur d'un développement jusque-là inégalé de droits et de mécanismes de protection destinés aux travailleurs à titre individuel⁹. À cet égard, l'appel et le recours aux droits et libertés fondamentaux de la personne dans le contexte de l'emploi salarié pourraient bien contribuer à l'émergence d'un *nouveau* droit du travail. Ces droits, à vocation universelle et à valeur constitutionnelle, sont considérés comme inaliénables à telle enseigne qu'ils doivent jouir d'une prépondérance de principe, notamment sur les considérations d'ordre économique¹⁰. Peu importe la nature de son statut d'emploi, la teneur de son contrat de travail ou le contenu de la convention collective à laquelle une personne se trouve assujettie, celle-ci conserve la pleine jouissance de ses droits et libertés au travail. Pour tout dire, le droit du travail qui, dans ses fondements mêmes, préservait jalousement l'autonomie collective est appelé à se convertir, sous l'influence des chartes des droits, de manière à aménager, à la faveur des personnes salariées, un espace plus vaste d'autonomie ou de liberté individuelle.

Ce phénomène, que nous désignons librement sous l'appellation «constitutionnalisation du droit du travail», a des effets structurants sur l'ensemble des relations de travail, que celles-ci soient individuelles ou collectives et sans égard au fait qu'elles mettent en présence un employeur du secteur public ou privé. Pour mieux mesurer les incidences bien concrètes

-
8. J. CONAGHAN, «Labour Law and the 'New Economy'», (2003) 16 *Australian Journal of Labour Law* 9. Sur cette question, voir aussi: CANADA, COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES, *Équité au travail – Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Gatineau (Québec), Service des publications, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006, [En ligne], 2006, [www.flis-ntf.gc.ca] (31 mai 2007).
 9. B. HEPPLE, *Rights at Work*, International Institute for Labour Studies, [En ligne], 2003, [www.ilo.org/public/english/bureau/inst/edu/courses/03/hepplerights.pdf] (31 mai 2007), p. 8; J. CONAGHAN, *loc. cit.*, note 8.
 10. Cela étant, il pourra arriver que, devant une crise financière particulièrement grave, des considérations budgétaires d'importance viennent restreindre les droits et libertés constitutionnels: *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

de ce phénomène sur le plan juridique, nous tenterons d'abord d'en préciser la nature (1) pour en dégager par la suite les principaux effets (2).

1 La nature de la constitutionnalisation du droit du travail

Si l'interrelation accentuée entre le droit du travail, d'une part, et les droits et libertés de la personne, d'autre part, tient du «phénomène», il importe de retracer les origines de celui-ci de manière à favoriser son intelligibilité (1.1). Cela fait, nous pourrons alors dégager les fondements de ce phénomène, lequel a sa source première dans le droit international (1.2) dont les normes ont été subséquemment transposées en droit interne, dans des instruments à valeur constitutionnelle (1.3).

1.1 Les origines du phénomène

La *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹, qui procède au partage des compétences entre le Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales, est totalement silencieuse sur le thème du «travail¹²». Élaboré à une époque où le libéralisme économique régnait, l'acte fondateur du Canada postulait que les rapports entre l'employeur et le salarié participaient de la simple liberté contractuelle, matière *a priori* «d'une nature purement locale ou privée» relevant, sauf exceptions, de «la propriété» et des «droits civils dans la province»¹³. Fondé essentiellement sur l'autonomie individuelle, le régime des contrats, tel qu'il était entendu alors, impliquait une relation entre deux parties présumées *égales* qui disposaient, somme toute, d'une même liberté de négociation. Or, l'industrialisation progressive et la transformation conséquente des processus de production qui allait ensuite marquer l'économie contribueront à faire ressortir, encore plus clairement que jamais, une caractéristique distinctive et fondamentale du contrat de travail, laquelle réside dans l'état de subordination du salarié dans ses rapports avec l'employeur¹⁴.

Cette révolution industrielle suscitera ainsi une intervention de plus en plus importante de l'État dans les relations de travail. Sous la pression

11. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.); *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

12. P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 8.

13. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 11, art. 92 (13) et (16). Voir à ce propos : H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 477; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et D. ROUX, *Droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 30 et 31.

14. P. VERGE et G. VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. «Le Droit aussi...», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 13 et suiv.

des travailleurs, le législateur en viendra à adopter tout un ensemble de lois destinées à rétablir un meilleur équilibre entre les parties au contrat de travail. Au nombre de ces lois, celles qui portent sur les rapports collectifs du travail et celles qui établissent des normes minimales de travail figurent parmi les plus importantes¹⁵. D'une part, les premières ont favorisé la liberté syndicale et la négociation collective en attribuant un monopole de représentation au syndicat majoritaire au sein d'une unité donnée pour négocier, de façon autonome, une convention collective qui s'appliquera à tous les salariés de cette unité¹⁶. Dans les milieux de travail syndiqués, cette convention collective a été ni plus ni moins assimilée à la « loi des parties¹⁷ », à la « charte du milieu de travail¹⁸ », comme pour mieux souligner la plénitude normative qu'elles tendent à y attribuer¹⁹. D'autre part, devant les difficultés éprouvées par les salariés pour accéder à la syndicalisation dans certains milieux de travail, le législateur a plus tard jugé utile et nécessaire d'imposer le respect de normes minimales de travail de manière à établir un seuil de protection au-delà duquel les parties disposent toujours d'un espace de négociation²⁰. L'immixtion du législateur dans le *contenu* des conditions de travail s'est faite alors nettement plus importante, mais elle est demeurée, malgré tout, plutôt minimale.

Cela étant, les lois sur les rapports collectifs du travail et celles qui sont relatives aux normes du travail présentent des traits communs indéniables. Premièrement, ces lois s'intéressent essentiellement à la protection du « salarié²¹ », soit celui qui, en raison de sa formation, de son expérience et de sa capacité à effectuer une tâche, se trouve débiteur d'une prestation de travail à la faveur d'un employeur donné. Deuxièmement, ces lois ne

15. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2. Sur l'histoire de la législation du travail, voir : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 12, p. 30-61.
16. J. FUDGE et E. TUCKER, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers Collective Action in Canada, 1900-1948*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2001.
17. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, p. 67 (J. LeBel, diss., par. 98); D. NADEAU, « La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec : naissance d'un "nouveau salarié" dans un droit en mutation », (2006) *R. du B.* (numéro thématique hors série) 399, 404 et 409.
18. R.P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1991, p. 525.
19. D. NADEAU, « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 157-158.
20. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et D. ROUX, *op. cit.*, note 13, p. 497.
21. P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 12, p. 61.

remettent pas fondamentalement en cause l'état de subordination de ce salarié ni le pouvoir de direction de l'employeur, mais elles favorisent plutôt, chacune à sa manière, la négociation des modalités d'encadrement de ce pouvoir tout en prévoyant, dans le cas des lois sur les normes du travail, un niveau normatif minimal. Ainsi, ces lois demeurent tout de même fondées, dans une bonne mesure, sur le postulat que ce sont les parties à la relation de travail, qu'elle soit individuelle ou collective, qui sont les mieux placées pour convenir, en toute autonomie, des règles qui vont régir leurs rapports²².

Or, l'adoption successive des lois provinciales²³ et fédérales²⁴ sur les droits de la personne et surtout l'insertion de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁵ dans la Constitution du pays, en 1982, ont contribué à remettre en cause, de manière appréciable, l'autonomie que le droit du travail a laissé historiquement aux parties dans l'aménagement de leurs conditions de travail²⁶. Ces chartes et lois s'intéressent essentiellement à la protection de la « personne » et de sa dignité inhérente dans toute la sphère des activités humaines, notamment au travail. À ce titre, elles jouissent d'une prépondérance de principe sur toute autre règle de droit applicable en milieu de travail, qu'elle soit législative, réglementaire ou consensuelle. Ce statut unique—pleinement constitutionnel dans le cas de la Charte canadienne et « quasi constitutionnel » dans le cas des autres lois sur les droits de la personne—favorise l'imprégnation de nouvelles valeurs dans le milieu de travail, lequel se confond ainsi plus que jamais avec un « milieu de vie²⁷ ». La condition de « salarié », principalement fondée sur des attributs professionnels ou techniques, est en quelque sorte subsumée par sa condition de « personne ». Il y a, en fait, émergence d'un « nouveau salarié » dont les droits et libertés fondamentaux et les caractéristiques personnelles (par exemple, la race, l'origine nationale ou ethnique, la religion, le sexe, l'âge, la déficience) doivent être pleinement pris en considération dans le milieu de travail²⁸.

22. *Id.*, p. 56.

23. Voir, notamment, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

24. Voir, notamment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6.

25. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11); L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

26. P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 12, p. 54.

27. D. VEILLEUX, « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée... », (2004) 64 *R. du B.* 217, 267.

28. C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001; D. NADEAU, *loc. cit.*, note 17; D. PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise*.

C'est ainsi que se dessine un nouveau phénomène de *constitutionnalisation du droit du travail*, lequel entraîne un bouleversement de la hiérarchie des normes sous l'impact des chartes et appelle à modifier profondément les façons de faire, de plaider et de juger, en particulier en droit du travail québécois. Partant, la rationalité du type instrumental²⁹, propre aux rapports de travail, est déplacée au profit d'une rationalité totalement différente du point de vue de sa conceptualisation, de ses sources et de ses méthodes. Nous qualifions celle-ci de rationalité par rapport aux valeurs ou, plus précisément, de rationalité *axiologique*³⁰.

Ce phénomène n'est pas propre au Québec ni au Canada : il est aussi observable, sous des formes diverses il est vrai, dans la plupart des pays occidentaux. L'expression « constitutionnalisation du droit du travail » est présente en droit européen, notamment français³¹, mais elle est reprise également en droit anglais³² et américain³³. Cette expression reflète une dynamique relativement nouvelle en droit du travail, laquelle combine

coise et la Loi canadienne sur les droits de la personne, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

29. Sur la notion de rationalité instrumentale en contexte juridique, voir M. COUTU, « Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », (2004) 56-57 *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* 233.
30. La notion de rationalité par rapport aux valeurs représente un emprunt à la sociologie wébérienne de l'action. Voir M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/LGDJ, 1995. Pour un essai d'application en contexte de travail, voir M. COUTU et G. MARCEAU, *Droit administratif du travail. Tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, titre premier, chap. 1 (à paraître en août 2007).
31. A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle : Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 426 (par. 6); V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Paris/Marseille, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 15; M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, coll. « À Droit ouvert », Paris, Dalloz, 2006, p. 237-240. Bien entendu, ce mouvement de constitutionnalisation traverse aussi les autres branches du droit. Voir notamment : B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *La constitutionnalisation des branches du droit*, coll. « Droit public positif », Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996; M. MOHAMED SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 78.
32. C. BARNARD et S. DEAKIN, *Constitutionalising Labour Law – The British Experience*, [En ligne], 2006, [web.unife.it/facolta/giurisprudenza/lavorodispari/Redazione/BarnDeakUK.htm] (31 mai 2007).
33. C.L. ESLUND, « An American Perspective on Fundamental Labour Rights », dans B. HEPPLÉ (dir.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, chap. 8, p. 192.

en fait deux mouvements³⁴ : l'élévation de certains principes du droit du travail au rang de normes à valeur constitutionnelle et la pénétration du champ du droit du travail par des normes constitutionnelles qui viennent en modifier certains principes traditionnels.

En dépit des différences considérables qui existent entre les droits du travail français et québécois, entre les règles et la jurisprudence constitutionnelles de ces ressorts et leur environnement juridique en général, certaines convergences sont indéniables. Ainsi, dans le cas français, comme cela se présente au Canada et au Québec le mouvement de constitutionnalisation du droit du travail :

- 1) est un phénomène plutôt récent, que très peu de juristes auraient pu prévoir il y a à peine vingt ans ;
- 2) s'est fait sous l'influence du droit international des droits de la personne, dont les normes sont de plus en plus mobilisées par les juristes ;
- 3) conduit à la consécration, en droit interne, de normes destinées jadis à jouer un rôle essentiellement symbolique ou déclaratoire, mais qui ont progressivement favorisé un rapprochement entre le droit du travail et les droits de la personne.

Cela dit, notre intention n'est pas de nous adonner ici à une analyse de droit comparé, mais plutôt de saisir la dynamique de constitutionnalisation du droit du travail propre au contexte québécois. Pour cela, l'incursion en droit international est un passage obligé.

1.2 Les assises internationales du phénomène

Le droit international s'est particulièrement préoccupé des droits fondamentaux de la personne dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale, notamment par l'adoption de la *Charte internationale des droits de l'Homme*. Celle-ci est un ensemble constitué de quatre instruments fondamentaux : la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Bien que d'autres textes adoptés sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et garantissant aussi des droits fondamentaux de la personne s'ajoutent à ces quatre textes, c'est dans ces derniers que figurent les dispositions les plus pertinentes au droit du travail.

34. A. JEAMMAUD et C. VIGNEAU, *La perspective d'une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du point de vue du droit français (du travail)*, [En ligne], 2001, [web. unife.it/facolta/giurisprudenza/lavorodispari/Redazione/Jeammaud.htm] (31 mai 2007).

La *Déclaration universelle des droits de l'Homme* adoptée en 1948 par l'Assemblée générale de l'ONU présente ces droits comme un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations. Elle inclut plusieurs droits à connotation sociale et économique dont la liberté syndicale, la sécurité sociale, de même que le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables et satisfaisantes dans les droits universels et fondamentaux de la personne³⁵.

Cette déclaration ne contient aucune disposition concernant sa mise en œuvre sur le plan national ou le contrôle de son application. Elle a une valeur déclaratoire et promotionnelle certes, mais aucune force obligatoire³⁶. Bien que le Canada ait finalement voté, après une sérieuse hésitation il faut bien le dire³⁷, en faveur de cette déclaration à l'ONU, il ne l'a pas promptement mise en œuvre en droit interne. Elle est, par contre, à la base du développement législatif considérable concernant les droits de la personne sur la scène canadienne et est même expressément mentionnée dans le préambule de quelques lois en la matière³⁸.

Les principes énoncés dans cette déclaration sont repris, cette fois de façon plus contraignante, dans les deux pactes adoptés ultérieurement par l'ONU. Dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, voté par l'Assemblée générale de l'ONU en 1966, plusieurs droits et libertés fondamentaux ayant application dans le domaine du travail sont énoncés, dont la prohibition du travail forcé (art. 8), la protection de la vie privée (art. 17), le droit d'association (art. 22) et la prohibition de la discrimination à partir de certaines caractéristiques personnelles énumérées (art. 26). Ce pacte est complété par le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte inter-*

35. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71., art. 22-25.

36. Il est possible, par contre, de soutenir que, en dépit de l'absence d'un aspect contraignant directement issu de ses dispositions, cette déclaration a acquis une force coutumière sur le plan international et, à ce titre, lie tous les États. Voir J.P. HUMPHREY, «La nature juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme», (1981) 12 *R.G.D.* 397, 399.

37. N. KINSELLA, «Tomorrow's Rights in the Mirror of History», dans G. GALL (dir.), *Civil Liberties in Canada: Entering the 1980s*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 46 et 47 (note 51); M. LEBEL, «L'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* au regard du droit international des droits de la personne – critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada», (1988) 48 *R. du B.* 743, 773; W.A. SCHABAS, «Canada and the Adoption of the Universal Declaration of Human Rights», (1998) 43 *R.D. McGill* 403, 435-439.

38. J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public*, t. 1, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1997, p. 671.

national relatif aux droits civils et politiques, qui instaure un mécanisme supplémentaire de mise en application.

Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, aussi adopté en 1966 par l'ONU, reprend de façon plus détaillée les droits de nature sociale et économique que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* contient pour leur donner une force obligatoire. Ceux-ci sont énumérés dans une formulation un peu plus explicite. L'État adhérent à ce pacte ne s'engage toutefois pas à une obligation de résultat, mais plutôt, selon les termes mêmes de l'article 2, «à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives».

Chacune à sa façon, ces dispositions reconnaissent des droits fondamentaux de la personne liés au travail et lançaient, par le fait même, un mouvement de rapprochement avec le droit du travail qui allait se confirmer dans les années ultérieures. Il faut dire que ce rapprochement rejoignait les grandes orientations de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui, dès 1944, dans la Déclaration de Philadelphie, affirmait solennellement que «le travail n'est pas une marchandise» et que «tous les êtres humains, quelle que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales». Ce rapprochement était confirmé en 1998 dans la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, par laquelle l'OIT qualifie de «fondamentaux» quatre droits dont les principes, décrits dans huit conventions afférentes à ces droits, sont obligatoires et lient tous les États membres, même ceux-là qui n'ont pas daigné ratifier les conventions en question³⁹.

Le Canada a adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et au protocole s'y rapportant en 1976. Il a aussi ratifié, la même année, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et*

39. Selon l'article 2 de cette déclaration de 1998, il s'agit des droits suivants : a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective (conventions n° 87 et n° 98); b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (conventions n° 29 et n° 105); c) l'abolition effective du travail des enfants (conventions n° 138 et n° 182); d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (conventions n° 100 et n° 111). Voir I. DUPLESSIS, «La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux du travail : une nouvelle forme de régulation efficace?», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 59, n° 1, 2004, p. 52.

culturels. Si ces instruments n'ont pas été transposés intégralement dans le droit canadien, ils ont néanmoins inspiré considérablement les législateurs du pays. Ces derniers adopteront des chartes et lois sur les droits de la personne qui ont modifié fondamentalement l'ordre juridique canadien.

1.3 Les assises nationales du phénomène

Si le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* est silencieux sur la question du «travail», il n'est pas plus loquace sur le sujet des droits et libertés de la personne. Aux yeux des Pères de la Confédération, le régime parlementaire et la common law britanniques suffisaient amplement à protéger les citoyens contre les atteintes à leurs droits fondamentaux⁴⁰. C'est véritablement la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* qui incitera les élus canadiens à abandonner progressivement la politique du laisser-faire jusque-là observée en ce domaine.

Cela étant, il aura fallu attendre près d'une douzaine d'années avant que l'influence de cette déclaration de 1948 se manifeste sensiblement dans un texte de droit interne. Ainsi, en 1960, le Parlement fédéral adoptait la *Déclaration canadienne des droits*⁴¹. Bien que cette loi reconnaisse, dans son préambule, «la dignité et la valeur de la personne humaine» et protège, de manière explicite, des droits de «l'individu», tels le droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi, le droit à la liberté et à la sécurité de même que la liberté de réunion et d'association, elle n'aura pas le moindre effet d'importance sur le droit du travail canadien. Le fait que cette loi ne s'applique qu'aux matières qui sont de la compétence législative du Parlement du Canada — alors que les relations de travail relèvent, dans une très forte proportion, des provinces⁴² — et que son application aux rapports de droit privé apparaît pour le moins douteuse⁴³ explique sans doute pourquoi elle est, pour ainsi dire, restée lettre morte dans les milieux de travail.

40. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Brassard c. Langevin*, (1877) 1 R.C.S. 145, le juge Taschereau affirmait ceci (p. 195): «Nous avons emprunté à l'Angleterre des institutions qui font que les Canadiens n'ont rien à envier aux autres pays en matière de protection des libertés civiles et religieuses.»

41. *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III.

42. CANADA, COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES, *op. cit.*, note 8, chap. 1, p. 8.

43. Dans l'arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, p. 51, la Cour suprême affirme ce qui suit: «La *Déclaration canadienne des droits* est une loi fédérale qui ne s'applique qu'aux lois fédérales» (j. Major, par. 31). H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 918, doutent que cette déclaration puisse être appliquée directement aux personnes privées. À leurs yeux, elle «pourrait être interprétée comme ne visant que les lois fédérales et ce qui se fait en vertu de ces lois». Voir dans le même sens: *Procureur*

Il en sera bien autrement de la *Charte des droits et libertés de la personne*, adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 27 juin 1975. S'il faut admettre qu'elle a été accueillie, à l'origine, avec une relative indifférence par les acteurs du monde du travail⁴⁴, elle ne cesse de gagner en importance dans la régulation de leurs rapports depuis le tournant des années 80. Fortement inspirée de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et de ses deux pactes internationaux⁴⁵, la Charte québécoise porte en elle, ni plus ni moins, tout un programme d'implantation des droits et libertés de la personne au travail.

D'une part, la Charte québécoise précise qu'il est interdit de discriminer, directement ou indirectement, une personne lors de son engagement, en cours d'emploi ou au moment d'y mettre fin ou encore de la harceler à cause de sa race, sa couleur, son sexe, sa grossesse, son orientation sexuelle, son état civil, son âge, sa religion, ses convictions politiques, sa langue, son origine ethnique ou nationale, sa condition sociale, son handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap⁴⁶. Une personne ne peut pas davantage être défavorisée en raison du fait qu'elle a été reconnue coupable d'une infraction pénale ou criminelle, à moins que cette infraction, pour laquelle elle n'aurait pas obtenu de pardon, présente un lien avec l'emploi⁴⁷.

La mise en œuvre de cette protection contre la discrimination est facilitée par un organisme administratif, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, qui a notamment pour mission de faire enquête, selon un mode non contradictoire, « de sa propre initiative ou lorsqu'une plainte lui est adressée », sur toute situation qui lui paraît constituer un cas de discrimination⁴⁸. Si l'affaire ne connaît pas un dénouement à la satisfaction de la Commission, un tribunal spécialisé, le Tribunal des droits de la personne, ou encore un tribunal de droit commun peut éventuellement être appelé à statuer sur le bien-fondé de cette allégation de discrimination.

général du Canada c. Lavell, [1974] R.C.S. 1349, 1373 (J. Ritchie). *Contra* : B. GRENIER, *La Déclaration canadienne des droits : Une loi bien ordinaire ?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1979, p. 70.

44. D. NADEAU, *loc. cit.*, note 19, 158 et suiv.

45. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La dynamique juridique de la Charte*, Étude n° 6, Montréal, CDPDJ, 2003, p. 280 et suiv. ; M. COUTU, « Discrimination dans l'emploi : Canada », dans R. BLANPAIN (dir.), *Discrimination in Employment*, XV World Congress of Labour Law and Social Security, 22-26 September 1997, Buenos Aires (Argentine), Peeters, 1998, p. 155.

46. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 23, art. 10, 10.1 et 16.

47. *Id.*, art. 18.2.

48. *Id.*, art. 57.

D'autre part, la Charte québécoise consacre aussi une multitude d'autres droits et libertés qui peuvent trouver pleinement application dans le contexte du travail. Qu'il suffise d'évoquer ici le droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne⁴⁹, les libertés de religion, d'expression et d'association⁵⁰, le droit à la sauvegarde de sa dignité⁵¹, le droit au respect de sa vie privée⁵² ou encore le « droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique⁵³ ».

Si aucun des droits garantis par la Charte québécoise n'est absolu, les dispositions qui permettent d'en limiter la portée sont généralement interprétées de façon restrictive. Par exemple, en matière d'emploi, toute discrimination fondée sur l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles ciblées par la Charte sera prohibée, à moins qu'elle ne participe d'une exigence professionnelle justifiée. Les conditions d'ouverture d'une telle exception sont strictes : l'employeur doit parvenir à établir que sa mesure, sa politique ou sa pratique est objectivement nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail. Pour ce faire, l'employeur doit pouvoir démontrer qu'il lui est impossible d'accommoder la situation particulière d'une personne qui subit un effet préjudiciable attribuable à une telle mesure, politique ou pratique sans qu'il en résulte, pour lui, une contrainte excessive⁵⁴. Cette obligation d'accommodement raisonnable, qui s'impose également aux syndicats dans les milieux de travail où ils sont présents⁵⁵, exhorte ainsi les tribunaux à trouver le point d'équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés⁵⁶.

La plupart des droits consacrés dans le texte québécois jouissent par ailleurs d'une primauté sur toute autre règle de droit, qu'elle soit de nature législative, réglementaire ou purement consensuelle⁵⁷. Ce « statut

49. *Id.*, art. 1.

50. *Id.*, art. 3.

51. *Id.*, art. 4.

52. *Id.*, art. 5.

53. *Id.*, art. 46.

54. Voir *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

55. C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 28 ; C. BRUNELLE, « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare ? », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 51.

56. A.-M. LAFLAMME, « L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi ? », (2002) 62 *R. du B.* 125, 135.

57. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 23, art. 52.

prééminent, voire quasi constitutionnel⁵⁸ » de la Charte québécoise la hisse, ni plus ni moins, au sommet de la hiérarchie des normes applicables en milieu de travail.

En 1977, le législateur fédéral adopte la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵⁹, laquelle « a pour objet de compléter la législation canadienne » afin d'enrayer la discrimination, notamment au travail. La Commission canadienne des droits de la personne et le Tribunal canadien des droits de la personne, tous deux créés par cette même loi fédérale, ont un rôle important dans la réalisation de son objet. Cette loi, qui interdit les actes discriminatoires en fonction de l'un des aspects suivants : « la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience », jouit également d'un statut « quasi constitutionnel » en vertu de la jurisprudence⁶⁰.

La Charte canadienne, intégrée dans la Constitution du Canada le 17 avril 1982, a également transposé, en droit interne, plusieurs des orientations adoptées par le droit international en matière de droits fondamentaux de la personne. Même si elle ne s'applique qu'à l'action des gouvernements et que les parties privées échappent ainsi à son application directe⁶¹, cette charte exerce sur l'ordre juridique canadien un effet matriciel⁶² :

La *Charte* constitutionnalise des valeurs et des principes essentiels généralement acceptés au Canada et, de façon plus générale, dans les démocraties occidentales. Les droits consacrés par la *Charte*, qui sont le fruit d'une longue évolution historique et politique, constituent un élément fondamental de l'ordre juridique du Canada depuis le rapatriement de la Constitution. La *Charte* doit donc être considérée comme l'un des outils qui guident l'évolution du droit canadien⁶³.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que cette charte constitutionnelle ait eu, sur la Charte québécoise notamment, un véritable « effet

58. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, 799 (j. LeBel, par. 15).

59. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précitée, note 24.

60. *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, 714 (j. Binnie, par. 81).

61. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 643 et suiv. (j. Arbour, par. 25 et suiv.); C. Brunelle, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough (Ont.), Éditions Carswell, 1993.

62. F. ALLARD, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 1.

63. *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 167 (jj. McLachlin et LeBel, par. 18).

de revitalisation» en lui redonnant, d'une certaine façon, «une vie significativement utile»⁶⁴.

Rappelons que la Charte canadienne garantit à chaque citoyen plusieurs droits et libertés fondamentaux, dont les libertés de religion, d'expression, d'association et de circulation, les droits à la liberté et à la sécurité et les droits à l'égalité, lesquels «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»⁶⁵. Ce faisant, il incombe aux tribunaux, en dernier ressort, de juger de la constitutionnalité de toute loi ou mesure gouvernementale contestée, le cas échéant, par un justiciable. Ainsi, la Charte canadienne a modifié en profondeur le droit canadien en favorisant le passage «du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle»⁶⁶.

En somme, le droit interne a progressivement emprunté la voie ouverte par le droit international pour affermir, au moyen des diverses chartes et lois sur les droits de la personne, la protection des droits et libertés les plus fondamentaux de l'être humain. Nous allons voir maintenant que ce processus d'affirmation et de reconnaissance de la dignité humaine, par le recours au droit, a des effets structurants très importants sur le droit du travail contemporain.

2 Les effets de la constitutionnalisation du droit du travail

La pénétration des droits et libertés de nature constitutionnelle dans la sphère des relations de travail s'est d'abord faite progressivement, sans fracas ni coup d'éclat. En effet, la Charte canadienne n'a pas entraîné, d'emblée, un bouleversement radical du droit du travail. La chose s'explique en bonne partie par son champ d'application limité à la seule action de l'État. Cela tient aussi à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui a refusé, dès 1987, d'invalider, sur le fondement de la liberté constitutionnelle d'association, des lois qui niaient à certains salariés du secteur public tantôt

64. M.-F. BICH, «Défense et illustration du droit québécois», *Sociologie et sociétés*, vol. 26, n° 2, 1994, p. 79.

65. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 25, art. 1.

66. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 563 (jj. Cory et Iacobucci, par. 131).

le droit de négocier collectivement leurs conditions de travail⁶⁷, tantôt leur droit d'exercer la grève⁶⁸.

Pour une majorité de juges de la Cour suprême, les droits de négocier collectivement les conditions de travail et de faire grève n'étaient tout simplement pas inclus dans la liberté d'association. Pour ce faire, ils ont adopté une définition restrictive de cette liberté fondamentale, précisant que celle-ci ne s'étend pas au-delà des droits qu'une personne détient à titre purement individuel. En d'autres termes, l'activité d'une association de salariés n'est pas constitutionnellement protégée dans la mesure où cette même activité ne peut être licitement exercée par un individu seul. Les juges majoritaires ont souligné—en faisant fi des dispositions du droit international à cet égard—que ni la négociation collective des conditions de travail ni la grève ne figurent au rang des droits fondamentaux au Canada⁶⁹. Parlant du droit de grève, le juge McIntyre a écrit ceci :

On ne peut dire qu'il soit devenu à ce point partie intégrante de nos traditions sociales et historiques au point d'acquérir le statut d'un droit immuable et fondamental, fermement enraciné dans nos traditions et dans notre philosophie politique et sociale. Il n'existe donc aucun motif [...] de présumer l'existence d'un droit de grève constitutionnel⁷⁰.

Les juges majoritaires ont donc estimé qu'il incombait au législateur, plutôt qu'aux tribunaux, de maintenir le délicat équilibre entre les intérêts divergents des différents acteurs engagés dans les questions de relations du travail. La Cour suprême a depuis réitéré cette position à quelques reprises. Sur un autre plan, cette cour a jusqu'à présent refusé d'invalider les dispositions qui se trouvent dans certaines lois et conventions collectives et qui,

67. *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424. La Cour suprême allait d'ailleurs trancher dans le même sens trois ans plus tard : *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

68. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

69. C. BRUNELLE et P. VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) 82 R. du B. can. 711. Fait à noter, la Cour suprême du Canada est de nouveau saisie d'un appel portant sur la question de savoir si le droit à la négociation collective est garanti par la liberté constitutionnelle d'association : *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219 (C.A.) (en délibéré devant la Cour suprême du Canada : CSC n° 30554).

70. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précitée, note 68, 413 (J. McIntyre).

à des degrés divers, rendent obligatoires l'appartenance syndicale ou le paiement de la cotisation au syndicat représentatif⁷¹.

Cela étant, la Charte canadienne n'est pas restée sans effet dans le domaine du travail, bien au contraire. D'une part, la jurisprudence révèle une volonté nouvelle de reconnaître une dimension collective à la liberté d'association⁷², ce qui pourrait emporter des effets importants sur la capacité des gouvernements de réguler les rapports de travail. D'autre part, et c'est sans doute là le constat le plus significatif pour l'heure, l'intégration de la Charte canadienne dans la Constitution contribue à propager des valeurs qui imprègnent, progressivement, tout l'ordre juridique. Ces valeurs, reconnues depuis longtemps par le droit international, sont fondées sur le caractère prépondérant et inaliénable des droits fondamentaux de la personne humaine. La Charte canadienne et les autres lois sur les droits de la personne, qui l'ont généralement précédée mais dont elle est devenue néanmoins le creuset⁷³, en sont des véhicules privilégiés. Ces textes à valeur constitutionnelle contribuent, chacun à leur manière et de diverses façons, à modifier les valeurs dans le milieu de travail et ils participent ainsi au rapprochement entre le domaine des droits fondamentaux de la personne humaine et le droit du travail.

Somme toute, le phénomène de la constitutionnalisation du droit du travail se vérifie par le déplacement du centre de gravité de l'ordre juridique en milieu de travail⁷⁴. Alors qu'il s'est essentiellement construit dans la recherche d'un équilibre entre les parties à la relation de travail, il est aujourd'hui de plus en plus axé autour de la (quasi-) Constitution, qui l'imprègne et l'irrigue, les tribunaux jouant dès lors le rôle de régulateur⁷⁵. Ainsi, la constitutionnalisation du droit du travail entraîne sur la discipline un triple effet : un effet de modernisation (2.1), un effet d'uniformisation (2.2) et un effet de complexification (2.3).

71. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Advance Cutting & Coring Ltd. c. R.*, [2001] 3 R.C.S. 209. Compte tenu des divisions profondes parmi les opinions des juges ayant participé à ces deux jugements, il est plausible de croire que la question n'est pas encore définitivement réglée.

72. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

73. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 688 (j. L'Heureux-Dubé, par. 42).

74. D. NADEAU, «L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation», (2004) 64 *R. du B.* 161, 194.

75. L. FAVOREU, «La constitutionnalisation du droit», dans B. MATHIEU et M. VERPAUX (dir.), *op. cit.*, note 31, p. 195.

2.1 L'effet de modernisation

Le premier effet de la constitutionnalisation du droit du travail est un effet de *modernisation* en ce que des solutions anciennes, peu protectrices des droits et libertés fondamentaux des salariés, sont aujourd'hui révisées à la lumière des chartes des droits.

Deux exemples permettent d'illustrer cet effet. Le premier a trait à l'usage, par l'employeur, de tests pour vérifier les aptitudes, les capacités ou les habiletés d'une personne à accomplir une tâche donnée. Le droit du travail reconnaît à l'employeur un vaste pouvoir discrétionnaire dans la sélection des personnes appelées à accomplir les tâches qu'il juge nécessaires à la réalisation des objets de l'entreprise, que celle-ci agisse dans le secteur public ou privé. Ce pouvoir discrétionnaire, qui participe des droits de direction de l'employeur, comporte la possibilité d'adopter les moyens d'évaluation de son choix⁷⁶. De façon générale, l'utilisation de tests de sélection par l'employeur est perçue comme un gage d'objectivité tant et si bien que le droit du travail s'est intéressé, traditionnellement, bien davantage à l'équité dans l'administration du test qu'aux biais discriminatoires que pouvait recéler le test en lui-même⁷⁷.

Or, les chartes et lois sur les droits de la personne appellent désormais à beaucoup plus de rigueur en cette matière. À preuve, un employeur qui avait fait le choix louable de mandater une équipe d'experts universitaires pour concevoir un test objectif destiné à mesurer la condition physique de pompiers forestiers a néanmoins été trouvé responsable d'une discrimination fondée sur le sexe. En l'espèce, Tawney Meiorin, qui combattait efficacement les feux de forêt depuis trois ans, n'était pas parvenue à franchir avec succès l'une des étapes du test, soit une course de 2,5 km en moins de onze minutes, ce qui avait mené à son congédiement. Toutefois, comme cette norme aérobique avait été établie à partir des résultats de groupes-échantillons majoritairement constitués d'hommes, la Cour suprême la jugeait discriminatoire envers les femmes :

-
76. C. D'Aoust et F. Meunier, *La jurisprudence arbitrale québécoise en matière d'ancienneté*, Monographie n° 9, Montréal, Université de Montréal (École de relations industrielles), 1980, p. 87 et suiv. ; D. Demers et K. Messing, « Les tests de sélection : une course à obstacles vers l'égalité économique des femmes », *Recherches féministes*, vol. 14, n° 1, 2001, p. 24 ; G. Hébert et autres, *La convention collective au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 2003, p. 71 ; *Cité des Prairies inc. c. Syndicat des employés du Centre Berthelet (CSN)*, [1982] T.A. 188 ; *Caisse populaire de Rimouski c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2173*, D.T.E. 90T-479 (T.A.).
77. D. Demers, « Le handicap et les tests de sélection », dans J.-L. Baudoquin et P. Deslauriers (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 124 et 127.

La performance aérobique moyenne du groupe polymorphe n'a rien à voir avec la question de savoir si la norme aérobique constitue un seuil minimal qui ne peut pas être modifié sans imposer une contrainte excessive à l'employeur. L'objectif visé aurait plutôt dû être d'évaluer si les membres de tous les groupes ont besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter le travail de façon sûre et efficace, et, dans la négative, de refléter cette disparité dans les qualifications requises pour l'emploi⁷⁸.

Ce faisant, la Cour suprême délaisse la logique de l'égalité purement formelle entre les candidats, qui marque profondément le droit du travail⁷⁹, à la faveur d'une logique plus inclusive, celle de l'égalité réelle, laquelle est nettement plus en phase avec la diversité actuelle de la main-d'œuvre⁸⁰.

Le second exemple de l'effet modernisateur qu'exerce la constitutionnalisation du droit du travail a trait à la protection contre la discrimination fondée sur le « handicap ». Il est connu que, depuis 1978, la Charte québécoise interdit expressément la discrimination dans l'emploi fondée sur ce critère. Cette notion de « handicap » a d'abord été définie de manière très restrictive⁸¹ alors qu'elle recoupait la seule réalité des personnes limitées « dans l'accomplissement d'activités normales » et qui, « de façon significative et persistante », étaient atteintes d'une « déficience physique ou mentale » ou qui utilisaient « régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen » pour pallier un handicap⁸². C'est ainsi que, en fonction de cette interprétation étroite, la réalité des salariés souffrant d'épilepsie⁸³, d'obésité⁸⁴, de diabète⁸⁵ ou d'une fracture⁸⁶ a pu jadis échapper à la protection de la Charte québécoise.

78. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, note 54, p. 41 et 42 (j. McLachlin, par. 76).

79. C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 28 ; D. DEMERS, *loc. cit.*, note 77, 125 et suiv. ; M.-J. LEGAULT, « Droits de la personne, relations du travail et défis pour les syndicats contemporains », *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 60, n° 4, 2005, p. 696-698.

80. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, note 54.

81. Voir, à ce propos, D. PROULX, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », (1996) 56 *R. du B.* 317, 374.

82. Ce sont là les termes de la définition retenue à l'origine par le législateur québécois dans la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7, art. 1 g).

83. *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 81, 83-85 (j. Décarie).

84. *Commission des droits de la personne du Québec c. Cité de Côte St-Luc*, [1982] C.S. 795, 798-799 (j. Melançon) ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Héroux*, (1981) 2 C.H.R.R. D/388 (C.P.).

85. *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal-Nord*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.).

86. *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961, 966-967 (j. Benoît).

En 2000, la Cour suprême élargissait considérablement la définition du «handicap» en reconnaissant qu'il ne se limitait pas à une simple condition biomédicale, mais qu'il participait aussi, voire surtout, d'une construction sociale. Ainsi, la Cour considérait que des employeurs faisaient bel et bien preuve de discrimination fondée sur le «handicap» en refusant d'engager une horticultrice et un policier qui présentaient tous les deux une légère anomalie à la colonne vertébrale, d'une part, et en congédiant un policier atteint de la maladie de Crohn, d'autre part, même si toutes ces personnes parvenaient à accomplir efficacement leur travail, sans la moindre limitation fonctionnelle⁸⁷. En somme, pour déterminer si le motif du «handicap» est en cause, non seulement les tribunaux tiendront compte de la condition biomédicale d'une personne, mais ils iront au-delà de ce seul critère pour intégrer aussi à leur analyse des facteurs sociaux. Qu'une personne présente ou non des limitations fonctionnelles dans l'accomplissement de ses activités courantes n'est résolument plus un élément déterminant. Les attitudes de la société ou de ses membres pourront à elles seules constituer un «handicap», dit «subjectif»⁸⁸, en raison des perceptions, mythes ou stéréotypes qu'elles peuvent véhiculer et du préjudice qu'elles peuvent, ce faisant, causer à un individu : «Ainsi, un handicap peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs»⁸⁹. »

En pratique, cette interprétation généreuse fait en sorte que toute mesure prise par l'employeur concernant l'«état de santé» ou la «maladie», réelle ou présumée, d'un salarié est susceptible d'être remise en cause sur le fondement des chartes des droits et de l'obligation d'accommodement raisonnable qui s'y trouve intégrée⁹⁰. Ce faisant, l'employeur ne peut

87. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, précité, note 73.

88. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, précité, note 58, 797 (J. LeBel, par. 11).

89. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, précité, note 73, 700 (J. L'Heureux-Dubé, par. 79).

90. L. LAVOIE, «Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement», dans M. JÉZÉQUEL (dir.), *op. cit.*, note 55, p. 31 ; voir à titre d'exemples : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504 (douleur chronique); *Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois (SINEQ) (FIIQ) c. Sylvestre*, [2003] R.J.Q. 1392 (C.A.) (dépression nerveuse); *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c. Hydro-Québec*, [2006] R.J.Q. 426 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême accordée : CSC n° 31395) (troubles de la personnalité).

provoquer la rupture du lien d'emploi en pareil cas sans d'abord avoir épuisé toutes les possibilités d'accommodement raisonnable. Manifestement, le temps où l'incapacité physique ou psychologique d'un salarié à accomplir l'ensemble de ses tâches menait invariablement à son congédiement, dit « administratif », sans plus de formalité, apparaît bien révolu.

2.2 L'effet d'uniformisation

Pendant la majeure partie du xx^e siècle, « [c]'est l'autonomie collective qui a été l'objet privilégié et prépondérant des politiques publiques en matière d'emploi⁹¹ », la négociation collective permettant « aux travailleurs d'exercer leur capacité *de se gouverner eux-mêmes*⁹² ». L'État s'est ainsi longtemps refusé à s'immiscer dans les conditions de travail applicables dans les milieux de travail et il préférait laisser la détermination de ces conditions au libre jeu de la négociation entre les parties.

Cette situation explique en partie pourquoi la teneur des conventions collectives peut varier considérablement non seulement d'un secteur d'activité à l'autre, mais aussi d'une entreprise à l'autre, en fonction de sa réalité propre⁹³. Cependant, si la comparaison entre les milieux de travail syndiqués révèle certaines disparités, celles-ci n'atteignent en rien l'ampleur des disparités qui ont été observées, traditionnellement, entre les conditions de travail des salariés syndiqués et celles des employés qui ne bénéficiaient pas de la représentation syndicale. Certes, ces disparités persistent aujourd'hui, surtout sur le plan salarial⁹⁴, mais, sur le plan normatif, le phénomène de la constitutionnalisation du droit du travail a contribué à les aplanir dans une certaine mesure.

En effet, l'adoption de la Charte québécoise en juin 1975 marque le point de départ d'une ère nouvelle. Elle reflète, à sa manière, une immixtion

91. P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 12, p. 59.

92. J.M. WEILER, « Le rôle du droit dans les relations du travail », dans I. BERNIER et A. LAJOIE (dir.), *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approuvements et Services Canada, 1986, p. 63 ; l'italique est de nous.

93. D. NADEAU, « Droit du travail du Québec : une transformation dans la diversité culturelle », dans L. VOGEL (dir.), *La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité ?*, coll. « Droit comparé, Droit global/Global Law », Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2001-2002, p. 85 et suiv.

94. Aujourd'hui encore, le salaire horaire moyen des travailleurs syndiqués apparaît bien supérieur à celui des travailleurs non syndiqués : STATISTIQUE CANADA, *Salaires horaires moyens des employés selon certaines caractéristiques et professions, données non désaisonnalisées, par province (mensuel)*, [En ligne], 2007, [www40.statcan.ca/102/cst01/labr69a_f.htm] (31 mai 2007).

croissante de l'État dans le contenu même des conditions de travail⁹⁵, laquelle se vérifie incidemment par l'adoption subséquente de plusieurs lois québécoises d'importance touchant directement ces conditions⁹⁶. Parfois, le législateur ira jusqu'à imposer l'inclusion, dans toute convention collective, de dispositions dont il détermine lui-même explicitement la teneur⁹⁷.

Si le législateur n'a pas eu recours à ce procédé ultime dans le cas de la Charte québécoise, son intention d'assurer la prépondérance de ce texte fondamental sur toute autre règle de droit applicable en milieu de travail demeure incontestable. En effet, exception faite des « droits économiques et sociaux⁹⁸ », les droits et libertés garantis par la Charte québécoise sont élevés au rang de droits quasi constitutionnels⁹⁹. Concrètement, cela signifie que le *Code du travail* de même que les conventions collectives négociées à l'intérieur du cadre législatif qu'il délimite sont pleinement subordonnées à la Charte québécoise¹⁰⁰.

Ainsi, sous l'impulsion de l'État, les préoccupations liées aux droits et libertés fondamentaux se sont progressivement immiscées dans tous les aspects de la gestion des ressources humaines. L'élément notable est que le législateur n'a pas privilégié le mécanisme de la négociation collective pour implanter ces droits à valeur constitutionnelle dans les organisations. Il les a plutôt *imposés* aux parties, qui « ne peuvent convenir d'une protection moindre que celle reconnue par la législation sur les droits de la personne¹⁰¹ ».

95. G. VALLÉE, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans C. SAINT-PIERRE et J.-P. WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise : Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 250.

96. Qu'il suffise d'évoquer ces lois d'ordre public, soit en 1977, la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11; en 1979, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1 et la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; en 1985, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001; et en 1996, la *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001.

97. Tout récemment encore, le législateur a eu recours à cette stratégie en matière de protection contre le harcèlement psychologique : *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 96, art. 81.20.

98. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 496-497 (J. McLachlin, par. 95).

99. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 23, art. 52.

100. C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 28, p. 106, 109 et 114; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 45, p. 279; M. COUTU, « L'application des chartes à l'arbitrage de griefs », dans M. BROSSARD (dir.), *Le point sur l'arbitrage de griefs*, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1991, p. 76-77; D. NADEAU, *loc. cit.*, note 19, 160 et suiv.

101. *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4 (J. Deschamps, par. 20).

Dans le prolongement de la même logique, la Cour suprême en est venue à conclure que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne sont contenus *implicitement* dans chaque convention collective, quelles que soient les intentions réciproques des parties contractantes¹⁰². Ainsi, une employée à l'essai, privée de l'accès à la procédure de grief en raison d'une disposition claire de la convention collective, a néanmoins pu bénéficier de cette procédure pour faire vérifier si son renvoi, au lendemain d'un congé de maternité, était contraire à ses droits quasi constitutionnels.

D'une certaine manière, l'approche privilégiée par le législateur — et les tribunaux à sa suite — contribue à restreindre le domaine de la négociation collective, laquelle perd de ce fait son caractère exclusif comme véhicule d'amélioration des conditions de travail et de contestation des décisions patronales.

Le procédé favorise ainsi l'émergence d'un droit d'application uniforme qui tend à gommer, en partie, les différences marquantes autrefois observables entre le statut de salarié syndiqué et celui, réputé moins enviable, d'employé non syndiqué. En certaines circonstances, la représentation syndicale pourra même être carrément désavantageuse. À titre d'exemple, des travailleurs syndiqués, victimes d'une fermeture d'entreprise, ont pu être privés du droit au préavis de cessation d'emploi et à l'indemnité afférente en raison d'une pseudo-incompatibilité entre ce droit d'ordre public, pourtant reconnu par le *Code civil du Québec* à tout « salarié » sans distinction, et le régime des rapports collectifs de travail¹⁰³. Dans ce cas précis, la représentation syndicale a été rayée de la colonne des actifs du salarié pour apparaître plutôt dans la colonne du passif... Si ce « bilan » reste provisoire, il est quand même à craindre que le syndicat en vienne à perdre de son influence sinon de sa pertinence dans de telles conditions. Quand la voie législative supplante, à certains égards, la voie de la négociation comme moyen privilégié d'enrichir le « patrimoine de droits » des travailleurs, il est raisonnable de penser que la force attractive des syndicats n'en sort pas forcément amplifiée¹⁰⁴.

102. *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157.

103. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 17.

104. Il faut convenir que les avis sur ce point restent tout de même partagés : C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 28, p. 56 ; T. COLLING, « What Space for Unions on the Floor of Rights ? Trade Unions and the Enforcement of Statutory Individual Employment Rights », (2006) 35 (2) *Industrial Law Journal* 140.

Or, non seulement la loi tend à élargir la gamme des droits reconnus aux salariés, quel que soit leur statut, mais elle *uniformise* aussi les voies de recours qui leur sont ouvertes. Dans les milieux de travail syndiqués, par exemple, l'arbitrage des griefs apparaît comme une institution tout à fait originale et propre au régime des rapports collectifs de travail. Ce forum reflète, là encore, les visées autonomistes des parties à la convention collective qui conservent, à l'égard de l'arbitre, de vastes pouvoirs relatifs aussi bien à sa nomination qu'à sa rémunération¹⁰⁵. Les tribunaux judiciaires préservent d'ailleurs jalousement cette autonomie puisqu'ils considèrent que l'arbitre de griefs dispose d'une compétence *exclusive* pour déterminer « si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement de la convention collective qui les unit¹⁰⁶. » Puisque les droits et libertés de la Charte québécoise sont réputés faire partie intégrante de la convention collective, l'arbitre de griefs est donc pleinement compétent pour statuer sur une allégation d'atteinte illicite à cette charte¹⁰⁷.

Toutefois, cette compétence ne serait en rien « exclusive » lorsqu'une telle allégation met en cause non pas la mise en œuvre, c'est-à-dire l'interprétation ou l'application de la convention collective, mais bien plutôt le processus de négociation et d'adoption d'une disposition de la convention collective qui apparaît incompatible avec la Charte québécoise¹⁰⁸. Dans ce dernier cas, le Tribunal des droits de la personne, qui intervient régulièrement dans les milieux de travail *non* syndiqués, serait également compétent pour disposer du litige¹⁰⁹. Ainsi, l'*insertion*, dans la convention collective des enseignants, d'une disposition dont l'objet était que l'expérience acquise au cours d'une année scolaire donnée ne soit ni reconnue ni

105. R.P. GAGNON, « L'indépendance des arbitres : une exigence fragile et vitale », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*, vol. 235, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 88; G. TRUDEAU, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 *R. du B. can.* 249, 265 et suiv.; D. VEILLEUX, *loc. cit.*, note 27, 264 et suiv.

106. *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, p. 963 (j. McLachlin); *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 686 (j. LeBel, par. 33). Voir à ce propos : G. TRUDEAU, « The Internal Grievance Process and Grievance Arbitration in Quebec: An Illustration of the North-American Methods of Resolving Disputes Arising from the Application of Collective Agreements », (2002) 44 *3 Managerial Law* 27.

107. Voir, par analogie, *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précité, note 102.

108. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 197-198 (j. McLachlin, par. 23-25).

109. *Université de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 2006T-445 (C.A.).

comptabilisée a pu être contestée, devant ce même tribunal, par un groupe de jeunes enseignants alors représentés par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse plutôt que par leur syndicat¹¹⁰. Pour ces jeunes enseignants, le gel négocié de la progression des salaires et de l'ancienneté avait sur eux des effets préjudiciables disproportionnés en raison de l'âge.

Sans égard au caractère sibyllin sinon spécieux de la distinction proposée entre la phase de la négociation de la convention collective et celle de sa mise en œuvre—l'une et l'autre nous apparaissant le plus souvent indissociables¹¹¹—, la solution retenue va dans le sens d'une *unification* des voies de recours. Plus précisément, elle traduit l'intention de ne pas déposséder les salariés qui jouissent de la représentation syndicale d'un recours offert par le législateur à leurs collègues non syndiqués.

Somme toute, le processus de constitutionnalisation fait en sorte que des principes qui avaient tendance à se développer de manière autonome, selon qu'il y ait présence ou non de l'acteur syndical dans le milieu de travail, perdent peu à peu de leur importance à la faveur des droits et recours à valeur constitutionnelle¹¹².

2.3 L'effet de complexification

En théorie, nous pourrions croire que le phénomène de la constitutionnalisation du droit du travail favorise la *simplification* de l'ordre juridique en clarifiant la hiérarchie des normes applicables dans l'entreprise¹¹³ : Constitution, quasi-Constitution, lois, règlements, décrets, conventions collectives, contrats de travail, règlements internes...

Sur le plan pratique, cependant, l'immixtion des chartes et lois sur les droits de la personne dans les rapports de travail est plutôt vécue par les acteurs comme une source de *complexification* du droit. De fait, les droits et libertés de la personne, par leur nature, sont transcendants et omniprésents, tant et si bien que les parties à la relation de travail ne peuvent s'y soustraire d'aucune façon. Employeurs et syndicats sont ainsi contraints de composer, au quotidien, avec des normes dont ils ne sont pas les auteurs

110. Voir, à ce propos, C. BRUNELLE, «L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 57, n° 2, 2002, p. 285 et suiv.

111. D. NADEAU, *loc. cit.*, note 74, déplore, avec raison, la «nature artificielle» (p. 175, par. 41) et «la frontière extrêmement floue entre ces deux notions» (p. 185, par. 67). Voir dans le même sens : G. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 105, 263 (note 43).

112. L. FAVOREU, *loc. cit.*, note 75, 193.

113. *Id.*, 194.

et qui, par surcroît, ont priorité sur celles qu'ils peuvent avoir conçues, en toute autonomie, par la voie consensuelle. Cette réalité, qui est généralement perçue par les parties comme une perte de pouvoir dans la régulation de leurs rapports, est d'autant plus «dérangeante» qu'elle les touche dans l'exercice de leur mission première: la direction de l'entreprise, dans le cas de l'employeur, et la représentation des salariés, dans le cas des organisations syndicales.

Pour ce qui est de l'employeur, ses droits de direction connaissent de nouvelles limites. Les exemples foisonnent. Qu'il suffise d'évoquer ici l'élargissement progressif que connaît la sphère de vie privée du salarié et les restrictions correspondantes qui s'imposent à l'employeur. Certes, le développement des technologies modernes en matière d'information et de communications permet à l'employeur d'exercer un contrôle accru sur l'activité des salariés tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des lieux de travail¹¹⁴. Il a ainsi la possibilité d'observer le comportement des salariés ou de suivre à la trace leurs déplacements, notamment grâce à l'ordinateur, au téléphone cellulaire, à la vidéosurveillance, à la biométrie ou encore aux systèmes de télédétection par satellite. Toutefois, la consécration du droit de toute personne au respect de la vie privée dans la Charte québécoise a pour effet de contenir la curiosité induite de l'employeur en érigeant, comme il se doit, une frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié¹¹⁵.

Rappelons que la Cour suprême s'est éloignée d'une conception choisie de ce droit à la vie privée, comme seul corollaire du droit de propriété ou de la possession d'un bien matériel (par exemple, le domicile ou l'automobile), à la faveur d'une conception «personnaliste» de ce droit, comme déterminant plutôt une sphère d'autonomie personnelle pour tout individu¹¹⁶. Cela étant, même si «le concept de vie privée reste flou et difficile à circonscrire¹¹⁷», il englobe à la fois la sphère spatiale ou territoriale

114. F. MORIN, «Nouvelles technologies et la télésubordination du salarié», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 55, n° 4, 2000, p. 725.

115. G. GRENIER, «Le droit à la vie privée des salarié(es)», (1991) *Lab. Arb. Yearb.* 106; R. LAPERRIÈRE et N. KEAN, «Le droit des travailleurs au respect de leur vie privée», (1994) 35 4 C. de D. 709; Y. SAINT-ANDRÉ, «Le respect du droit à la vie privée au travail: mythe ou réalité?», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit du travail*, vol. 205, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 51; G. TRUDEAU, «Vie professionnelle et vie personnelle, Tâtonnements nord-américains», (2004) 1 *Droit social*, 11; D. VEILLEUX, «Le droit à la vie privée – Sa portée face à la surveillance de l'employeur», (2000) 60 *R. du B.* 1.

116. R. c. *Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 441 (J. Binnie, para. 16).

117. *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone Firestone de Joliette (CSN) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.), 2241 (J. LeBel).

(par exemple, la demeure du salarié¹¹⁸, y compris le libre choix du lieu de celle-ci¹¹⁹), la sphère personnelle (par exemple, le droit à l'anonymat¹²⁰, à l'intimité et à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle¹²¹) et la sphère informationnelle (par exemple, le droit à la confidentialité des renseignements de nature personnelle¹²²).

Ainsi, ce n'est pas parce que le salarié se plie à un rapport de subordination à l'occasion du contrat de travail qu'il renonce pour autant à son droit au respect de sa vie privée. Tout règlement d'entreprise, toute sanction disciplinaire ou toute décision patronale ayant pour objet un geste relevant de la vie personnelle, hors travail, du salarié sera en principe invalide. Pourront faire exception, selon les circonstances, les questions relevant de l'obligation de loyauté du salarié¹²³ ou les gestes et pratiques de nature à porter atteinte à l'image ou à la réputation de l'entreprise¹²⁴.

De plus, même à l'intérieur des lieux de l'entreprise, dans le cours de l'exécution de son travail, le salarié dispose d'une sphère d'autonomie personnelle nettement plus importante qu'auparavant. En effet, toute incursion patronale injustifiée dans cette sphère sera sanctionnée par les tribunaux. C'est le cas, par exemple, des pratiques ou directives patronales portant sur l'apparence personnelle¹²⁵, les contrôles sanguins ou les

118. *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, [2005] R.J.Q. 414 (C.A.).

119. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.).

120. Par exemple, selon les faits à l'origine de l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, une jeune fille, photographiée à son insu alors qu'elle se trouvait dans un lieu public, a eu la surprise de voir sa photographie publiée à la une d'un magazine. La Cour suprême a jugé qu'une telle photographie violait le droit à la vie privée, sans égard à la nature manifestement publique du lieu où la photographie avait été prise.

121. *Rassemblement des employés techniciens ambulanciers de l'Abitibi-Témiscamingue (C.S.N.) c. Ambulance du Nord inc.*, [1999] R.J.D.T. 338 (T.A.).

122. *St-Amant c. Meubles Morigeau ltée*, [2006] R.J.Q. 1434 (C.S.), 1439 (j. Bouchard); V. MARLEAU, «Les droits et libertés dans l'entreprise: le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit administratif*, vol. 45, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 107.

123. Voir, par analogie, *Ste-Marie c. Placements JPM Marquis inc.*, D.T.E. 2005T-389 (C.A.).

124. Voir, par analogie, *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la vie*, [2004] 3 R.C.S. 195; C. D'Aoust, L. Leclerc et G. Trudeau, *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, Monographie n° 13, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1982, p. 378 et suiv.

125. *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 c. Maxi & Cie, Provigo Distribution inc., division Maxi (St-Jérôme)*, [2002] R.J.D.T. 380 (T.A.).

examens médicaux (physiques ou psychologiques)¹²⁶, les tests de dépistage d'alcool et de drogue¹²⁷, la vidéosurveillance¹²⁸, l'écoute électronique¹²⁹, les fouilles corporelles ou d'effets personnels¹³⁰ ou encore l'utilisation de la ligne téléphonique résidentielle¹³¹.

Ainsi, le salarié jouit du droit à la protection de sa vie privée, même dans le contexte de sa relation de travail. Ce droit ne pourra être restreint que pour des motifs raisonnables, qu'il appartient à l'employeur d'établir. Selon les circonstances, les tribunaux pourront même écarter un élément de preuve que l'employeur aurait obtenu en violation du droit à la vie privée du salarié dans les cas, il est vrai, où cette violation leur apparaîtrait particulièrement grave¹³².

126. L. LECLERC et L. LESAGE, «Les examens médicaux et les tests de dépistage en milieu de travail», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1992), Montréal, 1992, p. 1103; B. TREMBLAY, «Les examens médicaux reliés à l'emploi : limite imposée par la *Charte des droits et libertés de la personne* au droit de gérance des commissions scolaires», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit scolaire*, vol. 51, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 129.
127. K. BENYEKHELF, «Réflexion sur la légalité des tests de dépistage de drogues dans l'emploi», (1988) 48 *R. du B.* 315; A. LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, coll. «Relations industrielles», n° 27, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995; A. VIOLETTE, «Les tests de dépistage d'alcool et de drogue en milieu de travail : une question d'équilibre», (2000) 60 *R. du B.* 81; R. PERREAULT et S.-P. PAQUETTE, «Le dépistage d'alcool et de drogues en entreprise : où en sommes-nous?», dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail*, vol. 267, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1; *Banque Toronto-Dominion c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.*, (2000) 189 D.L.R. (4th) 14 (C.A. Ont.); *Milazzo c. Autocar Connaisseur inc.*, D.T.E. 2004T-9 (T.C.D.P.).
128. *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone Firestone de Joliette (CSN) c. Trudeau*, précité, note 117; *Mep Technologies inc. c. Paez*, 23 août 2006, AZ-50389549 (C.L.P.).
129. *Mascouche (Ville) c. Houle*, [1999] R.J.Q. 1894 (C.A.); *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.).
130. *Syndicat démocratique des employés de commerce Saguenay-Lac St-Jean c. Potvin & Bouchard inc.*, [2006] R.J.D.T. 221 (T.A.).
131. *Rassemblement des employés techniciens ambulanciers de l'Abitibi-Témiscamingue (C.S.N.) c. Ambulance du Nord inc.*, précité, note 121.
132. *Mascouche (Ville) c. Houle*, précité, note 129; *Syndicat des travailleurs(euses) d'abattoir de volaille de St-Jean-Baptiste (CSN) c. Corriveau*, 2000T-368 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée: C.S.C. n° 28321); *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Induspac, division Corrugué inc.*, [2000] R.J.D.T. 837 (T.A.); *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP/FTQ) c. Hydro-Québec*, D.T.E. 2005T-881 (T.A.).

Pour ce qui est des syndicats, la constitutionnalisation du droit du travail a également des conséquences importantes sur eux puisqu'elle s'accompagne d'une modulation, à la hausse, des exigences propres à leur devoir de juste représentation au sens des codes du travail. La chose se vérifie particulièrement dans les cas où un salarié allègue être victime de discrimination en raison d'une caractéristique personnelle visée par les chartes des droits. En pareils cas, les syndicats ne peuvent souffrir d'aucun «déficit d'attention¹³³». Ils doivent s'adonner à «un examen plus attentif», «déployer des efforts supplémentaires», «adopter une attitude proactive», «se montrer plus diligents et plus convaincants» qu'à l'habitude, s'appliquer «à obtenir des mesures d'accommodement» adaptées aux besoins du salarié et poursuivre leurs «démarches jusqu'à la limite de la contrainte excessive»¹³⁴.

À titre d'exemple, dans l'affaire *Roy c. Syndicat de la fonction publique du Québec inc.*¹³⁵, un journalier, atteint de limitations fonctionnelles résultant de maux de dos, avait été congédié par l'employeur en raison de son incapacité à effectuer toutes les tâches rattachées à sa classe d'emploi. Cela étant, le syndicat refusait de soumettre le grief à l'arbitrage, car il estimait que l'employeur «n'avait aucune obligation, en vertu de la convention collective», de maintenir le lien d'emploi d'un salarié qui n'était pas en mesure d'«exercer toutes les tâches de journalier». La Commission des relations de travail allait ordonner le renvoi à l'arbitrage puisque, «s'agissant de la mise en œuvre d'un droit fondamental», à savoir le droit à la non-discrimination fondée sur le handicap, le syndicat «se devait de tout faire pour s'assurer de son respect», notamment «prendre conseil au sujet de l'étendue de cette obligation d'accommodement et du type de mesures

133. L'expression nous est inspirée de ce passage tiré de l'étude de G. VALLÉE, M. COUTU et M.-C. HÉBERT, «La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage», dans G. VALLÉE et autres (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 92 : «Dans le traitement d'un grief, l'organisation syndicale doit tenir compte de l'intérêt général des salariés, des rapports de force existant avec l'employeur, de l'impact de la convention collective, sans négliger pour autant le droit du salarié à un traitement équitable de son grief. Le devoir de représentation du syndicat s'inscrit donc dans un environnement complexe, où les préoccupations liées à la Charte ne représentent [...] qu'un élément parmi d'autres.»

134. *Re Bingley*, [2004] CCRI n° 291 ; AZ-50288256 (commissaire Michèle A. Pineau, par. 64, 74, 83, 91 et 110). La version anglaise de cette décision est rapportée : *Bingley and Teamsters, Local 91*, (2004) 121 C.L.R.B.R. (2d) 178 (CIRB).

135. *Roy c. Syndicat de la fonction publique du Québec inc.*, [2004] R.J.D.T. 1106 (C.R.T.).

pouvant être envisagées¹³⁶». Ce faisant, la Commission des relations de travail affirmait ceci :

Il ne fait [...] plus de doute que la *Charte des droits* transcende la convention collective et, *a fortiori*, l'exercice des droits de la direction que la convention ne balise pas. Autrement dit, aucun employeur ou syndicat ne peut simplement se retrancher derrière une disposition claire de la convention collective, du plan de classification ou du contrat d'assurance pour prétendre qu'il n'a pas l'obligation d'envisager toute mesure d'accommodement n'entraînant pas une contrainte excessive qui soit susceptible de permettre à un salarié handicapé de continuer à exercer son emploi, par exemple¹³⁷.

Dans l'affaire *Maltais c. Section locale 22 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP)*¹³⁸, un opérateur de machinerie lourde au service d'une entreprise forestière avait dû s'absenter du travail pour des problèmes lombaires majeurs à compter du 26 mai 2001. Après avoir consulté, sans succès, plusieurs professionnels dans l'espoir de recouvrer la santé, le salarié acceptait, le 6 mai 2004, de subir une intervention chirurgicale. Cette intervention, prévue pour le 3 juin 2004, nécessitait une période de convalescence de trois mois. Toutefois, selon les termes clairs de la convention collective, l'employeur était en droit de mettre fin à l'emploi de tout salarié «absent de son travail par la suite de maladie ou d'un accident occupationnel ou non occupationnel pendant une période excédant trente-six (36) mois consécutifs». Ainsi, le 31 mai 2004, le salarié était informé de son renvoi par l'employeur. Le syndicat décidait alors de ne pas déposer de grief, son président se disant d'accord avec l'interprétation que faisait l'employeur de la convention collective.

La Commission des relations de travail allait condamner cette «inaction du Syndicat qui découle de l'opinion de son président, jamais questionnée, qui repose sur une application rigide de la convention collective malgré le fait que des droits fondamentaux étaient en cause¹³⁹». Pour la Commission des relations de travail, le syndicat a agi «rapidement, succinctement et négligemment¹⁴⁰» et n'a pas fait preuve d'«une démarche le moins sérieusement» ni procédé à une «analyse, même minimale, de la situation» :

Il en résulte que, dans un cas d'atteinte aux droits fondamentaux d'un salarié, un syndicat doit, entre autres, s'assurer que l'employeur a assumé son obligation d'accommodement raisonnable. Il ne peut se satisfaire de la stricte application d'une

136. *Id.*, 1111 (commissaire André Bussière, par. 22).

137. *Id.*, 1110 (par. 17).

138. *Maltais c. Section locale 22 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier* (SCEP), [2006] R.J.D.T. 1111 (C.R.T.).

139. *Id.*, 1118 (commissaire Hélène Bédard, par. 63).

140. *Id.*, (par. 58).

disposition de la convention collective à l'égard du salarié dont les droits sont affectés. Le syndicat doit alors orienter ses actions de manière à faire respecter les droits fondamentaux du salarié¹⁴¹.

En somme, la tâche des syndicats dans l'exercice de leur monopole de représentation se révèle aujourd'hui plus complexe du fait qu'ils doivent non seulement s'assurer que l'employeur respecte la convention collective mais aussi les droits et libertés garantis par les chartes des droits.

D'ailleurs, dans les milieux de travail syndiqués, l'effet de *complexification* est pour ainsi dire décuplé par la mise en concurrence de conceptions divergentes des rapports entre les chartes des droits et les conventions collectives, conceptions dont les arbitres de griefs se font les vecteurs. Selon une première logique dite *relationnelle*, «le recours à la Charte, en dépit de son statut hiérarchique fondamental, doit passer par les parties à la convention collective¹⁴²». La volonté des parties, telle qu'elle est exprimée dans la convention collective, importe alors davantage, semble-t-il, que la prépondérance de principe reconnue par le législateur aux droits et libertés garantis par la Charte québécoise. Selon une deuxième logique, qualifiée de *situationnelle*, tout grief appelle une analyse qui tient d'abord compte de «la situation concrète des rapports entre le syndicat et l'employeur dans l'entreprise¹⁴³». L'arbitre qui épouse cette «logique de la situation» semble privilégier par-dessus tout une solution pragmatique, «fondée d'abord sur une justification interne issue du milieu», à une solution purement juridique axée sur une «justification externe»¹⁴⁴. Enfin, selon «une vision plus hiérarchique de la Charte¹⁴⁵», qui participe cette fois d'une troisième logique dite de la *règle législative*, la convention collective est subordonnée à la Charte québécoise, laquelle s'impose inexorablement aux parties en raison de son statut quasi constitutionnel prééminent.

Tirailés entre ces logiques, les acteurs institutionnels en viennent à considérer, et cela n'est pas étonnant, que les chartes compliquent tout ! D'ailleurs, d'aucuns craignent que le triomphe appréhendé de la logique de la règle législative ne fasse perdre son «âme» au droit du travail sous

141. *Id.*, (par. 67).

142. J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, «Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann», dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit : autour de Max Weber*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 370.

143. M. COUTU, «Le droit du travail comme ordre légitime», dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *op. cit.*, note 142, p. 348.

144. J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, *loc. cit.*, note 142, 374.

145. *Id.*, p. 375.

l'effet des chartes et de leur logique « individualisante¹⁴⁶ ». Le fait que la Charte canadienne, dans sa facture actuelle, fait l'impasse sur les droits économiques, sociaux et culturels¹⁴⁷, terreau par excellence du droit du travail, peut sans doute contribuer à nourrir ces craintes. Pour notre part, nous préférons voir dans l'interaction croissante entre le droit du travail et les droits et libertés de la personne non pas le déclin irrémédiable du droit du travail centré sur les droits collectifs des travailleurs, mais plutôt l'occasion de le renouveler en revoyant le rôle traditionnel des parties de manière à y puiser une nouvelle source de dynamisme, d'une part, et à dégager de nouvelles voies de dignité au travail, d'autre part.

Conclusion

Si le phénomène de la constitutionnalisation du droit du travail a mis un certain temps à se manifester, il apparaît aujourd'hui en forte croissance. C'est le droit international de l'après-guerre qui a amorcé un rapprochement significatif entre le droit du travail et les droits fondamentaux de la personne. Dans une bonne mesure, l'État a ensuite pris le relais pour concrétiser ce rapprochement dans l'ordre juridique interne. Sa législation en la matière a forcé la reconnaissance et l'assimilation progressive de ces droits fondamentaux par le droit du travail. Il en est résulté une transformation de pans entiers du droit du travail, et cette évolution—sinon cette révolution—ne semble pas vouloir connaître d'essoufflement.

La constitutionnalisation progressive du droit du travail a de multiples effets. D'abord, il existe un effet de *modernisation* en ce que des solutions anciennes, plus sensibles aux intérêts de l'employeur qu'aux droits et libertés fondamentaux des salariés, sont révisées de nos jours à la faveur de ces derniers. Ensuite, un effet d'*uniformisation* est observable en ce que des principes juridiques universels, appliqués de manière « transversale », contribuent à réduire les disparités traditionnellement observées entre les milieux de travail syndiqués et ceux où la représentation syndicale est inexistante. Enfin, il y a un effet de *complexification* résultant de l'émergence de droits nouveaux qui s'imposent aux parties, sans égard à leurs intentions réciproques, ce qui, dans les milieux de travail syndiqués notamment, se traduit par une perte relative de contrôle des acteurs institutionnels sur le contenu des règles régissant leurs rapports. En ce

146. A. BARRÉ, « Le régime des rapports collectifs et les chartes », dans R. BLOUIN et autres (dir.), *Les chartes des droits et les relations industrielles*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1988, p. 131.

147. C. BRUNELLE et P. VERGE, *loc. cit.*, note 69, 753 ; G. ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les chartes », dans R. BLOUIN et autres (dir.), *op. cit.*, note 146, p. 12.

sens, la constitutionnalisation du droit du travail a vocation à exercer une profonde influence sur l'ensemble du droit du travail soit par la déduction de nouvelles règles de droit (et la neutralisation de celles qui y sont contraires, le cas échéant), soit par l'interprétation des règles existantes dans un sens conforme à la (quasi-) Constitution.

Sur le plan du droit formel, le mariage entre les chartes des droits et le droit du travail apparaît plutôt réussi. Les droits et libertés fondamentaux se sont relativement bien fondus dans l'ensemble du droit du travail et permettent ainsi aux travailleurs canadiens et québécois de bénéficier de droits sociaux élargis et correspondant davantage à leurs aspirations individuelles. Ce progrès s'explique par le caractère prééminent, inaliénable et universel de ces droits à valeur constitutionnelle, lesquels se sont imposés à toutes les composantes du droit du travail classique, autant dans les rapports individuels régis par le contrat de travail que dans les rapports collectifs où la convention collective fait loi. De ce fait, les conditions de travail de toute personne salariée, qu'elle soit syndiquée ou non, doivent respecter sa dignité humaine. Le milieu de travail contribue dès lors à promouvoir les valeurs d'égalité, de liberté et de tolérance qui, de là, essaient dans l'ensemble de la société.

Sur le plan de l'effectivité, l'union entre le droit du travail et les droits fondamentaux connaît cependant certaines difficultés. En investissant le droit du travail, les chartes des droits en ont aussi épousé les principales voies de réparation. Ainsi, les droits et obligations substantiels qu'elles prévoient doivent être considérés comme intégrés dans toute convention collective. Le salarié syndiqué bénéficie alors des mécanismes d'application propres à la convention collective pour faire valoir ses droits fondamentaux, notamment l'aide du syndicat accrédité ainsi que l'accès à la procédure de règlement et d'arbitrage des griefs. De son côté, le salarié non syndiqué pourra contester une atteinte à ses droits fondamentaux devant les instances juridictionnelles compétentes en matière de rapports individuels de travail et bénéficier des mesures de réparation particulières qu'elles peuvent mettre en œuvre.

Concrètement, cela signifie que les droits et libertés de la personne souffrent des mêmes difficultés de mise en œuvre que le droit du travail lui-même. Il est entendu que l'application de ces droits est beaucoup plus difficile dans les milieux de travail non syndiqués, où le salarié est laissé à lui-même face à l'employeur. On peut aussi craindre que l'effectivité des droits fondamentaux soit particulièrement problématique dans les milieux de travail et auprès des statuts de travail à l'égard desquels le droit du travail classique est le plus démuné. Or, c'est précisément le cas des emplois atypiques (travail à temps partiel, à la pige, à forfait, en dispo-

nibilité, autonome, intérimaire, occasionnel; sous-traitance; télétravail) que la «nouvelle économie» contribue à multiplier¹⁴⁸.

Par exemple, comment permettre une application efficace des droits fondamentaux au travail dépendant non salarié? Puisque aucun mécanisme propre au droit du travail n'est alors disponible, seuls les mécanismes mis en place par le droit commun ou dans la législation portant sur les droits de la personne peuvent être utilisés. Et le coût de la justice civile de même que les délais qui y sont inhérents sont souvent un frein à l'exercice des droits¹⁴⁹. Quant à la voie de recours propres aux lois quasi constitutionnelles, elle suppose au préalable le dépôt d'une plainte officielle de discrimination, avec ce que cela demande de patience et de détermination. Or, une telle plainte doit être liée à une caractéristique personnelle visée expressément par la législation sur les droits de la personne. Le statut de travailleur atypique ou de travailleur dépendant, qui peut pourtant fonder bien des distinctions préjudiciables en milieu de travail, présente fort peu de lien avec l'une ou l'autre de ces caractéristiques énumérées, hormis, peut-être, la «condition sociale»¹⁵⁰.

L'utilisation des mécanismes propres au droit du travail pour faire valoir le respect des droits fondamentaux dans les milieux syndiqués soulève aussi des questions délicates. Il y a tout d'abord un problème de coexistence de valeurs différentes qui peut surgir. Ainsi, la négociation et la convention collectives reposent sur des valeurs de solidarité et d'entraide mutuelle que génèrent l'homogénéité et la cohésion du groupe. Les droits fondamentaux de la personne prônent davantage des valeurs individuelles comme le droit à l'égalité dans la différence. Le choc entre ces paradigmes peut se manifester lorsque vient le temps de négocier ou d'appliquer la convention collective, par exemple dans le cas des dispositions relatives

148. J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Québec, Ministère du Travail, Gouvernement du Québec, [En ligne], 2003, [www.travail.gouv.qc.ca/actualite/travail_non_traditionnel/Bernier2003/RapportFinal.html] (31 mai 2007).

149. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Une nouvelle culture judiciaire, rapport du Comité de révision de la procédure civile* (président: Denis Ferland), [En ligne], juillet 2001, chap. I, [www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf] (31 mai 2007).

150. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra*, J.E. 99-2197 (T.D.P.Q.), 11 (j. Rivet, par. 55-57); E. PAQUET, «Le statut d'emploi: Un élément constitutif de la condition sociale?», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 60, n° 1, 2005, p. 64.

à la sécurité syndicale ou à l'ancienneté¹⁵¹. Par ailleurs, les salariés représentés par un petit syndicat indépendant pourraient être défavorisés lorsqu'il s'agit de l'application ou du respect de leurs droits fondamentaux, celui-ci ne disposant certes pas des mêmes ressources professionnelles et financières qu'un grand syndicat affilié à une fédération syndicale. De la même façon, la formation et les compétences professionnelles de l'arbitre de griefs, généralement issu du milieu des rapports collectifs du travail, lui permettent-elles d'assumer efficacement le rôle important qui est devenu le sien dans la mise en œuvre des droits fondamentaux de la personne syndiquée¹⁵²? Le forum même de l'arbitrage de griefs, qui laisse une place prépondérante à l'autonomie des parties et à la souplesse dans la procédure, convient-il au caractère fondamental et inaliénable des droits fondamentaux de la personne¹⁵³?

Pour l'heure, l'approche privilégiée par l'État mise sur l'adaptabilité des institutions du travail pour prendre en considération, de manière appropriée, les impératifs liés à la reconnaissance et à l'exercice des droits fondamentaux de la personne au travail. N'est-ce pas dans ce cas la seule approche possible, puisque, de toute façon, les institutions du travail, les employeurs et les syndicats doivent impérativement tenir compte des réalités de la « nouvelle économie » pour assurer leur propre survie? Ainsi, même en faisant abstraction des droits fondamentaux de la personne, ces institutions doivent déjà composer avec la réalité d'une main-d'œuvre de plus en plus hétérogène et la nécessité d'accommoder les différences des personnes qui la composent.

Enfin, une autre question reste tout aussi pressante. La valorisation de la reconnaissance des droits fondamentaux au travail ne risque-t-elle pas d'affaiblir les institutions traditionnelles du travail? Le syndicalisme et la négociation collective, en perdant leur hégémonie comme source première de justice sociale dans les milieux de travail, pourraient-ils souffrir d'un désintérêt et d'un désengagement croissants de la part des travailleurs à leur égard? Là encore, il n'existe pas de réponse toute faite. Il est certain que le déploiement des droits et libertés de la personne et la profusion de recours et de litiges individuels qu'il entraîne peuvent créer un sentiment de sécurité chez les travailleurs qui serait néfaste aux institutions du travail.

151. C. BRUNELLE, « Droits d'ancienneté et droits à l'égalité: l'impossible raccommodement? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail*, (2004), vol. 205, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 101.

152. Sur le rôle fondamental dévolu à l'arbitre de griefs en cette matière, voir D. NADEAU, *loc. cit.*, note 19, 153.

153. G. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 105.

De ce déploiement peut germer un doute quant à leur nécessité et même quant à leur opportunité. Pourtant, l'histoire nous rappelle la nécessité des institutions du travail pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux de la personne dans les entreprises. N'avons-nous pas un devoir de mémoire ?

Du reste, nous aimons croire que l'intégration des droits et libertés fondamentaux au cœur même du droit du travail peut contribuer à le redéfinir d'une manière qui soit bénéfique. Il s'agit là d'un avantage non négligeable, à une époque où toute recherche d'une meilleure emprise du droit du travail sur la réalité économique se heurte à de farouches résistances... et à un État qui conditionne toute intervention en cette matière à l'existence d'un vaste consensus.